Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 0 0 / 2 0 0 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de julio de 2008.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Educación, Universidades, Cultura y Deportes en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por B.R.P. y otros, por daños ocasionados como consecuencia de su indebida exclusión de la lista de sustitución de Administración hotelera. (EXP. 281/2008 ID)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, emitido a solicitud del Excma. Sra. Consejera de Educación, Universidades, Cultura y Deportes, es la Propuesta de Resolución formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la exclusión de los interesados de las listas de la especialidad de Hostelería y Turismo por la Resolución de 13 de septiembre de 2000 de la Dirección General de Personal de la extinta Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, por la que se hizo pública la relación definitiva de plazas vacantes ofertadas y la adjudicación definitiva de destinos provisionales para el curso 2000/2001 correspondiente al personal docente que presta servicios en Centros públicos que imparten Enseñanza Secundaria, Bachillerato, Formación Profesional, Idiomas y Artes Plásticas y Diseño en la Comunidad Autónoma de Canarias.

2. Es preceptiva la solicitud de Dictamen, en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, siendo remitida por la Consejera de Educación, Universidades, Cultura y Deportes, conforme con el art. 12.3 de la misma Ley.

---

[*] **PONENTE: Sr. Lazcano Acedo.**

3. En lo referido a los hechos, los reclamantes han manifestado que estaban incluidos en las listas de acceso a profesores de Administración Hotelera y que solicitaron su integración en las listas de profesores interinos –sustitutos de "Hostelería y Turismo", en el seno del procedimiento de adjudicación de destinos provisionales para el curso 2000/2001 al personal docente en los Centros públicos dependientes de la Comunidad Autónoma de Canarias, donde se imparte segundo ciclo de enseñanza Secundaria Obligatoria, Bachillerato, Formación Profesional, Idiomas y Artes Plásticas y Diseño, convocado mediante Resolución de 7 de abril de 2000.

Estas solicitudes fueron cursadas con fundamento en la base quinta de la convocatoria, en cuya virtud el profesorado plena o parcialmente acogido al Pacto de estabilidad que formaran parte de las listas correspondientes a las especialidades de "Agencias de Viajes" y "Administración Hotelera" podía solicitar su incorporación a la lista de la especialidad de profesores de "Hostelería y Turismo", siempre que hubieran obtenido la titulación de Técnico de Empresas y Actividades Turísticas.

Las pretensiones de los interesados fueron inicialmente estimadas procedentes. No obstante, la adjudicación definitiva de destinos, efectuada mediante Resolución de la Dirección General de Personal de 13 de septiembre de 2000, los excluyó de las citadas listas de interinos-sustitutos de "Hostelería y Turismo", retornando con ello a su lista de Administración Hotelera. Esta exclusión se debió a que se consideró que los interesados no ostentaban la titulación requerida en la base quinta de la convocatoria al carecer de la preceptiva homologación por parte del Consejo de Universidades de los estudios impartidos por la Escuela Superior de Turismo T.R., que implicara la coincidencia del título de Diplomado en Empresas y Actividades Turísticas con el de Técnico de Empresas y Actividades Turísticas.

Como consecuencia de tal exclusión y retorno a la lista de sustitución de Administración Hotelera y ante la falta de vacantes o sustituciones de necesaria cobertura concurrentes en el proceso de adjudicación de destinos para el curso 2000/2001 en esta especialidad, los interesados no obtuvieron destino, por lo que mediante Resolución de la Dirección Territorial de Educación de S/C de Tenerife de 20 de septiembre de 2000 y con efectos del previo de 13 de septiembre, se decretó su cese como funcionarios interinos en el Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional.

4. Los afectados interpusieron frente a esta Resolución recurso de alzada ante la Dirección General de Personal, que fue resuelto en sentido desestimatorio por Resolución de 6 de enero de 2001.

M.C.P.D. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 13 de septiembre de 2000 (autos 409/2000), que fue desestimado por Sentencia de 31 de mayo de 2001. Interpuesto el correspondiente recurso de apelación, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede S/C de Tenerife, de 31 de mayo de 2002, lo estima parcialmente. A su vez, M.S.P., B.R.P. y M.A.A.C. interponen recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 13 de septiembre de 2000 y la anteriormente citada de 6 de enero de 2001 (autos 71/2001), que resultó igualmente desestimado por Sentencia de 31 de mayo de 2001. El recurso de apelación interpuesto es también estimado parcialmente mediante Sentencia de 16 de septiembre de 2002, de la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede S/C de Tenerife.

Las Sentencias de instancia habían desestimado los recursos por entender que no se hallaba legalmente acreditada la posesión del título exigido en la base quinta de la convocatoria, al haber aportado únicamente una certificación de la Dirección General de Universidades acreditativa de la situación de espera de instrucciones del Ministerio de Educación en la que se estaba en el momento en relación con la expedición del título. Las Sentencias que resolvieron los recursos de apelación interpuestos, como se ha indicado, los estimaron parcialmente, obligando en consecuencia a la Administración a incluir a los recurrentes en las listas definitivas de Hostelería y Turismo, siguiendo a partir de esta inclusión el procedimiento establecido, que debería culminar con la Resolución que procediese. Las Sentencias sin embargo no estimaron la indemnización de daños y perjuicios solicitada por los interesados, tanto por el hecho de que no constaban acreditados en autos los perjuicios requeridos, como porque tal pretensión debería articularse, en su caso, a través del procedimiento legalmente establecido al efecto.

En ejecución de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 31 de mayo de 2002 y según relata M.C.P.D. en su solicitud, la Dirección General de Personal la incluye en la relación definitiva de destinos provisionales para el curso 2002/2003, hecha pública mediante Resolución de 5 de septiembre de 2002, incorporándose el siguiente 9 de septiembre al Centro adjudicado, que es el que le

correspondía desde el curso 2000/2001, según su petición de destino y las vacantes entonces ofertadas.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 16 de septiembre de 2002 fue ejecutada mediante Resolución de 18 de octubre de 2002. Sin embargo, la parte apelante y como incidente de ejecución de la Sentencia de referencia, instó ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de S/C de Tenerife la anulación de la Resolución de 4 de septiembre de 2003 por la que se hizo pública la adjudicación definitiva de destinos provisionales para el curso 2003-2004, así como la Resolución de 30 de octubre de 2003, por la que se desestimó el recurso potestativo de reposición interpuesto en vía administrativa. Este incidente de ejecución fue desestimado por Auto de 12 de enero de 2004.

5. Finalmente, es de destacar, por las consecuencias que genera sobre la pretensión resarcitoria de B.R.P. y de M.A.A.C., que éstos interpusieron también recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 6 de septiembre de 2001, por la que se hizo pública la adjudicación provisional de destinos para el curso 2001-2002. Este recurso fue estimado por la Sentencia de 12 de septiembre de 2002 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria.

Mediante escrito de 20 de mayo de 2003, los interesados instaron la ejecución de esta Sentencia, creándose pieza separada de ejecución que concluyó con el Auto del indicado Juzgado de 16 de septiembre de 2004, el cual vino a requerir a la Administración a dar cumplida ejecución a la Sentencia, cursando las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social, reconociendo el período trabajado a los recurrentes a efectos de antigüedad y abonando a B.R.P. la cantidad de 52.622,53 euros y a M.A.A.C. la de 58.512,86 euros, lo que fue llevado a efecto por la Administración, que abonó a los interesados estas cantidades en la nómina de noviembre de 2004.

6. Las Sentencias de 31 de mayo y 16 de septiembre de 2002 estiman, como ya se ha señalado, que la indemnización de daños y perjuicios causados por la Administración a los interesados ha de dilucidarse en el correspondiente procedimiento. Ello motiva la presentación de las respectivas reclamaciones de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Cultura y Deportes por los daños causados por la indebida exclusión de los afectados de las listas de Hostelería y Turismo, en las que reclaman las retribuciones que les hubieran correspondido de haber accedido al puesto de trabajo, los gastos de abogado y procurador generados por la presentación de los diversos recursos y los daños morales

derivados de la aflicción al tener que entablar los referidos pleitos y del daño personal y profesional padecido.

7. Son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, siendo una materia no desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias, aun teniendo competencia estatutaria para ello.

II

1. [1]

2. Por otra parte, en cuanto a la concurrencia de los requisitos constitucional y legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, regulados en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollados en los arts. 139 y ss. LRJAP-PAC, se observa lo que sigue:

Los afectados son titulares de un interés legítimo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 139.1 LRJAP-PAC, puesto que alegan perjuicios materiales derivados del funcionamiento del servicio público de educación. Por lo tanto, tienen legitimación activa para presentar la reclamación e iniciar este procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 142.1 LRJAP-PAC.

La competencia para tramitar y resolver el procedimiento incoado corresponde a la Consejería de Educación, Universidades, Cultura y Deportes, como responsable de la gestión del servicio presuntamente causante del daño.

En cuanto al plazo para reclamar, concurre este requisito, ya que se ha reclamado dentro del plazo legalmente previsto en el art. 142.5 LRJAP-PAC, salvo en lo relativo a M.C.P.D., por las razones que se expondrán posteriormente y que ya se señalaron en el Dictamen 113/2005, de este Consejo Consultivo.

El daño por el que se reclama es efectivo, evaluable económicamente e individualizado en las personas de los interesados, de acuerdo con lo prescrito en el art. 139.2 LRJAP-PAC.

[1] **Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.**

III

1. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen estima parcialmente la pretensión de los interesados, puesto que si bien se considera por el órgano instructor que ha quedado patente la existencia de relación de causalidad entre la actuación administrativa y el perjuicio económico causado a aquéllos, el Instructor no está de acuerdo con la cuantía de las indemnizaciones, considerando que se han excluir, de las cantidades correspondientes a los subsidios devengados y cobrados por ellos durante el periodo que estuvieron desempleados, la correspondiente a los daños morales, que no se han probado y los referidos a los honorarios de abogados y procuradores por los servicios prestados durante la tramitación de los procesos judiciales referidos con anterioridad.

2. Es preciso, en este punto, tratar antes de entrar en el fondo del asunto dos cuestiones; la primera es la referente a la reclamación extemporánea de M.C.P.D., lo que ya se hizo en el Dictamen 113/2005, manifestándose por este Organismo que "En el presente caso, M.C.P.D. presentó recurso administrativo contra la Resolución de 13 de septiembre de 2000 ya citada, que fue desestimado por Sentencia del Juzgado nº 1 de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife de 31 de mayo de 2001. Interpuesto recurso de apelación, la Sentencia 88/2002, de 31 de mayo, lo estima parcialmente.

Esta sentencia, contra la que no cabía ulterior recurso, fue notificada a la interesada el 6 de junio de 2002, quien presenta la reclamación de responsabilidad patrimonial el 21 de julio de 2003, una vez transcurrido por consiguiente el plazo de un año a que se refiere el art. 142.4 LRJAP-PAC.

En el trámite de audiencia otorgado tras haber acordado la retroacción del procedimiento alegó que la Sentencia, antes referida, se le notificó el 9 de octubre de 2002, lo que no demuestra de modo alguno, pues en la copia de dicha resolución judicial, que adjuntó a su reclamación, consta claramente que se le notificó el 6 de junio de 2002; por lo tanto su reclamación es extemporánea y ha prescrito su derecho a reclamar la indemnización los daños generados por la Administración.

La segunda cuestión es la relativa a las actividades realizadas por los interesados durante los periodos que, por causa de la actuación de la Administración, permanecieron desempleados; así, la Administración solicitó una copia de la vida laboral de los interesados a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, quien se negó a remitirle dicha información en cumplimiento del art. 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal,

pues sólo se puede dar si la piden directamente los titulares de los datos, presentándolo sólo uno de ellos, quien manifestó que había desempeñado durante dicho periodo trabajos temporales que eran totalmente compatibles con las actividades docentes que hubiera realizado de haber actuado la Administración conforme a Derecho.

Por lo tanto, no se ha probado que los afectados realizaran durante los periodos que estuvieron desempleados actividad alguna que sustituyera a la correspondiente a las listas de profesores interinos sustitutos de la "Administración Hostelera".

3. En este caso, la no inclusión de forma indebida, tal y como se afirmó en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, citada en los fundamentos anteriores, en las listas de interinos-sustitutos de "Administración Hostelera", en el seno del procedimiento de adjudicación de destinos provisionales para el curso 2000/2001 al personal docente en los Centros públicos dependientes de la Comunidad Autónoma de Canarias, donde se imparte segundo ciclo de Enseñanza Secundaria Obligatoria, Bachillerato, Formación Profesional, Idiomas y Artes Plásticas y Diseño, convocado mediante Resolución de la Dirección General de Personal de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, de 7 de abril de 2000, le causó a los interesados un daño que no tienen la obligación de soportar.

El daño, que ha quedado demostrado y que la Administración conocedora del mismo no niega, consiste, por un lado, en que al no estar incluidos en dichas listas no accedieron a un puesto de trabajo, al que sí lo hicieron personas con peor derecho que los afectados, quedando con ello probado suficientemente que éstos no son detentadores de unas meras expectativas de trabajo, sino que, por el contrario, de haber estado incluidos en dichas listas, como les correspondía en Derecho, hubieran accedido con toda seguridad a un puesto de trabajo y por lo tanto a su correspondiente remuneración; por otro lado, la no inclusión en dichas listas dio lugar a que retornaran a la lista de sustitución de "Administración Hostelera" y ante la falta de vacantes o sustituciones de necesaria cobertura concurrentes en el proceso de adjudicación de destinos de 2000/2001, los interesados no obtuvieron ningún destino, cursándose mediante la Resolución de la Dirección Territorial de Educación, de Santa Cruz de Tenerife, de 20 de septiembre de 2000, y con efectos previos de 13 de septiembre, el cese de los reclamantes como funcionarios interinos en el Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional.

Además, los propios hechos evidencian que el daño patrimonial sufrido por los interesados se debe exclusivamente a la actuación contraria a Derecho de la Administración, siendo patente la existencia de nexo causal entre la misma y el daño padecido por ellos.

4. Por otra parte, es preciso analizar de manera pormenorizada lo relativo a las indemnizaciones solicitadas por cada uno de los interesados, correspondiéndoles a B.R.P y a M.A.A.C. una indemnización comprensiva de las remuneraciones no percibidas por el curso 2000/2001, que lo abarque en su totalidad, es decir, desde el 1 de septiembre de 2000 hasta el 31 de agosto de 2001; a M.S.P. por los cursos 2000/2001, 2001/2002 y 2002/2003, debiendo ser remuneraciones comprensivas de la totalidad de dichos cursos, pero como correctamente señala la Administración en la Propuesta de Resolución, se debe deducir de dicha indemnización la cuantías percibidas en concepto de subsidios por desempleo y las retribuciones por trabajos realizados, que implicarían un enriquecimiento injusto, siempre y cuando no fueran compatibles con la actividad docente y que como anteriormente se señalaba no se ha demostrado que los hubieran realizado.

En lo que respecta al daño moral, ninguno de los tres interesados ha demostrado por ningún medio válido en Derecho haberlos padecido, no constituyendo su no inclusión en las listas referidas ningún desprestigio profesional.

Por último, en lo relativo a la cantidad reclamada por los gastos efectuados para abonar los honorarios de los abogados y procuradores que los representaron y asistieron durante los procesos ya mencionados, hay que tener en cuenta que en esta materia, como se ha afirmado por este Consejo Consultivo en diversos Dictámenes (192/2004 y 22/2005, entre otros) sobre la materia, existen diversas líneas jurisprudenciales sobre ella, cuya valoración acaba dependiendo de diversas circunstancias concurrentes en los procedimientos administrativos y en los ulteriores procesos judiciales, por lo que no existen soluciones generales.

Sin embargo, cabe deducir de ellos una serie de criterios generales, que permitan determinar la inclusión o no de los mismos en las indemnizaciones otorgadas a causa de la responsabilidad patrimonial en la que puedan incurrir las Administraciones Públicas, siendo estos los expresados en los distintos Dictámenes de este Organismo, exigiéndose, para incluirlos en la indemnización, que la Administración hubiera impulsado al particular, de manera innecesaria e injustificada, a iniciar un proceso que podía haberse evitado simplemente con la correcta tramitación del expediente.

Además, se requiere que el interesado no tuviera otra forma de defender su derecho, distinta al proceso judicial, lo que también es evidente, pues todos ellos agotaron la vía administrativa, sin que se les reconociera su derecho y, por último, que el pago de dichos gastos por asistencia profesional durante el proceso judicial fuera necesario e inevitable.

En este supuesto y en lo relativo al último de los criterios expuestos en el párrafo anterior, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, en su art. 23, exige la representación por medio de procurador y asistencia letrada para los procesos celebrados ante órganos judiciales colegiados, sin embargo, para los celebrados ante órganos unipersonales permite que los abogados de las partes no sólo los asistan jurídicamente, sino que también los puedan representar, no siendo necesaria la intervención de procurador.

Por lo tanto, en este caso por concurrir los criterios generales referidos se debe incluir dentro de la indemnización los gastos por honorarios de los abogados y procuradores, salvo los correspondientes a éstos últimos generados en los procesos que se celebraron ante órganos judiciales unipersonales, por ser innecesarios sus servicios.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen es, en cuanto a su sentido estimatorio conforme a Derecho, pero incorrecta en lo relativo a la cuantía de las indemnizaciones, en las que se deben incluir los conceptos referidos en el Fundamento III.4 y que ha de actualizarse en el momento de resolver el procedimiento de acuerdo con lo establecido en el art. 141.3 LRJAP-PAC.